13. 125



POR
EL CONVENTO DE Madre de Dios, de la Orden de Santo Domingo de la ciudad de Ronda.

(✱) EN EL PLEYTO. (✱)

CON D. BRIGIDA, Y D. ANA MENDEZ, hijas y herederas de Iuan Martinez Mendez, vezinas de la ciudad de Malaga.

En Granada. *En la Imprenta Real.* Por Francisco Sanchez. *A la entrada de la Calle de Elvira, en la calleja del Correo viejo. Año de 1652.*



VCHAS dificultades pretenden introduzir doña Brigida y doña Ana en este pleyto, solicitando con la confusion de ellas hazer dudosa la justicia del Cõvento, siendo assi, que este negocio tiene solamẽte vna dificultad, que es, dar a entender el hecho de el, a cuyo peligro estan expuestos los mas doctos y prudentes, *l.2. ff.de iur.& fact.ignor.*ibi: *Nam factum prudentissimos quoque fallit.*

2 ¶ Porque el derecho que aqui se ofrece poco ha de embaraçar, ò por vulgar, ò principalmente, por informar a tan grandes Iuezes, Ossuald.ad Donel. *lib.22.commentar.cap.8.lit.I.*ibi: *Quando in consistorio Principis lis agitatur, nulla iuris quæstio tam ardua, quæ altioris indaginis censeatur, ob Senatorum spectatam iuris peritiam.*

3 ¶ Y aunque el estilo comun es proponer el hecho en el principio, ha parecido mas conveniente, por ser muy dilatado, y que no incurra en el propio defecto este papel, quando deseamos afectar la breuedad, advertir en cada vno de los fundamentos lo necessario del hecho, para aplicarle, y sacar la resolucion cierta de derecho, *l.si ex plagijs 52.§.in cliuo, ff.ad leg.Aquil.l.fin.in princip.ff.de iur.iurand.l.quidam referunt, ff.de iur.codicil.*

FVNDASE LA IVSTICIA DE EL Convento.

4 ¶ La demanda que el Convento ha puesto es de reivindicacion, in qua fatemur, duo extrema verificari deberi. Primum, nempè, dominium in Actore. Secundum, possessionem, in Reo, *l.officium 9.l.in rem actio 23.l.fin.ff.de rei vindicat.l.vnic.C.de alienat.iudic.mut.caus.*Bart.*in Rubric.de rei vindicat.num.2.*Abb.

in cap. examinata, num. 7. *de iudic.* Menoch. *conſ.* 725. *nu.* 26. Surd. *conſ.* 227. *num.* 2. Peregrin. *de fideicommiſ. art.* 45 *num.* 33. verſ. *Rei autem vendicatio.*

5 ¶ Y de eſtos dos requiſitos, el vno, que es la poſſeſsion del cortijo ſobre que ſe litiga, no ſe niega por las dichas doña Brigida y doña Ana, y ſolo ſe duda de el dominio en el dicho Conuento, el qual ſe prueua, ex ſequentibus.

6 ¶ Lo primero, porque Gabriel de Coſtilla, y doña Catalina de Valdeſpino ſu muger, padres de doña Maria, y doña Ana de Coſtilla, Monjas profeſſas en el dicho Conuento, y por cuya cabeça, como ſus hijas y herederas, ſe litiga, fueron dueños de el dicho cortijo, y lo hipotecaron a diferentes cenſos deſde el año paſſado de 98. y eſto no lo niegan las partes contrarias, antes lo confieſſan expreſſamente en ſus alegaciones, interrogatorio, y inſtrumentos preſentados, y no puede auer mas fuerte prouança que la confeſsion de las ſuſodichas, *l. cum te, C. de tranſaction. l. fin. C. de fideicommiſ. l. generaliter, C. de non numer. pecun.*

7 ¶ Et in dominio, textus *in l. certum,* §. 1. *ff. de confeſ.* ibi: *Sed etſi fundum vendicem meum eſſe, tuque confeſſus ſis, perinde habearis, atque dominij mei fundum eſſe, pronuntiatum eſſet.* Bart. *in l. cum falſa, num.* 10. verſ. *Si vero confeſsio, C. de iur. & fact. ignorant. & in l. iura, C. de omn. agro deſert. lib.* 11. Butr. *in cap. vltim. num.* 14. verſ. *Si confiteor, extr. de confeſ.* Beroi. *conſ.* 2. *num.* 36. *lib.* 2.

8 ¶ Lo ſegundo, porque las dichas doña Brigida y doña Ana pretenden tener titulo y cauſa de el dicho Gabriel de Coſtilla, diziendo, que por bienes del ſuſodicho ſe vendieron y remataron en Iuan Bautiſta de Ojeda, el qual cediò el remate en Iuan Martinez Mendez, padre de las ſuſodichas; de forma, que deriuan ſu derecdo del dicho Gabriel de Coſtilla, & quando poſſeſſor ius, & cauſam habet, licet immediatam ab Actore vindicante, non poteſt ei oponere, nec refricare quæſtionem dominij, gloſ. *in l. cum res,* verbo, *in vacuam, C. de probation.* ibi: *Vel dic, quod agebatur contra emptorem, vel eius hæredem, qui non negabat venditorem fuiſſe dominum, quia ſic ſuam, vel anteceſſoris turpitudinem*

dinem allegaret, quod non potest. sed fortè dicebat pretium non solutum, quare hoc est probandum per emptorem. Bart. *in l. si aliquam rem, ff. de adquirend. posses. num. 9. & 10.* & ibi Rip. *num. 38.* Alexand. *in l. alienam, ff. solut. matrimon.* Bald. *cons. 4. lib. 4.* Crauet. *cons. 316. num. 5.* Natt. *cons. 400. num. 5. lib. 2.* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 63. num. 7. & 8.* Caualer. *decis. 105. num. 2.* Rot. apud Posth. *decis. 271. num. 4.* Petr. *de fideicommis. quæst. 13. num. 301. & 317.* Barb. *in l. si alienam rem, ff. solut. matrimon. num. 72.* vers. *Vltimo limita, & num. 73.* vers. *Sed his non obstantibus.*

9 ¶ Noguerol *allegat. 7. num. 19. & 20.* ibi: *Secundò confirmatur ex adiudicatione, quæ de hoc regali iure facta fuit D. Marianæ in altero concursu, vt ex testimonio producto patet: in quo ei adiudicatur tanquam bona mariti, & ab eo empta, in solutum pretij principalis ad rationē 20. pro milliari. Ex quo testimonio deducitur prædictum ius D. Marianæ non fuisse, sed sui mariti, siquidem in solutum datur, non vt proprium, sed vt alienum, & tanquam suæ dotis hipotecæ subiectum: vnde præiudicium ei generatum fuit in quolibet dominio, quod in dicto iure habuisset, nam eo ipso, quod illud in solutum accepit, tanquam illius bona, confessa fuit ad eum pertinuisse: & hac de causa nùnc dominij quæstionem refricare non potest.*

10 ¶ Lo tercero, porque confessandose, y siendo cierto que el dicho Gabriel de Costilla fue dueño del dicho cortijo, lo mismo se presume en el estado presente, por lo qual no necessitan las dichas doña Maria y doña Ana, sus hijas, y herederas, ni el Convento en su nombre, de mayor verificacion de el dominio, quia olim dominus etiam hodie talis præsumitur, & etiam in iudicio reivindicationis sufficit probatio dominij præteriti, *l. quod nostrum, ff. de regul. iur. l. siue possidetis, C. de probation.*

11 ¶ *L. 10. tit. 14 part. 3.* ibi: *Casa, ò viña, ò otra cosa, qualquier mueble, ò rayz, demandando en juyzio vn hombre a otro, diziendo, que era suya; si el demandado que la tiene negare que non era suya del; abonda, que el demandador pueda prouar que aquella cosa fue suya, ò de su padre, ò de su abuelo, ò de aquel cuyo heredero es, de manera que por tal prueua como esta deue ser entregado de aquella cosa. E esto es,*

porque

porque sospecharon los sabios antiguos, que todo ome que en alguna sazon fue señor de la cosa que lo es aun, fasta que sea prouado lo contrario.

12 ¶ Anton. de Butr. *in cap. cùm ad sedem, n. 26. de restitut. spoliator.* D. Gregor. Lopez *in d. l. 10. tit. 14. part. 3. glos. 1.* Marc. Anton. Eugen. *cons. 47. num. 33. lib. 1.* Crauet. *cons. 215. num. 8.* Decius *cons. 428. per tot.* Alciat. *regul. 2. præsumpt. 20.* Mascard. *de probation. conclus. 546. num. 5. & conclus. 551. à num. 1. & per tot.* Tusch. *lit. D. conclus. 611. num. 125.* Dom. Valençuel. Velazquez *cons. 178. num. 15.* Augustin. Barbos. *in collect. ad leg. siue possidetis, C. de probat. à num. 2.*

13 ¶ Lo quarto, porque este proprio derecho que el dicho Gabriel de Costilla tenia, reside oy en el dicho Conuento, por auer professado en el las dichas doña Maria y doña Ana de Costilla, sin que conste que hiziessen renunciacion alguna, *cap. si qua mulier, & cap. quia ingredientibus 19. quæst. 3. Authent. si qua mulier, & Authent. ingressi, C. de Sacrosanct. Eccles. Authent. de Sanctissimis Episcopis, §. si qua mulier, & Authent. de Monachis, §. illud quoque, l. 17. tit. 1. part. 6.* & ex pluribus Pat. Thom. Sanchez *de Relig. stat. lib. 7. cap. 12. à num. 4.*

14 ¶ Y lo puede pedir y demandar el Conuento judicialmente con la propria accion que lo hizieran las dichas Religiosas si estuuieran en el siglo, Innocent. *in cap. in præsentia, num. 4. de probation.* & ibi Hostiés. *num. 7. & 8.* Butr. *num. 30.* Abb. *num. 77.* Angel. *in summ.* verbo, *Religiosus, num. 59.* Pat. Thom. Sanchez *dict. cap. 12. num. 9.*

15 ¶ Ex quibus de primo ad vltimum se justifican los dos requisitos del dominio y possession, y con ellos la accion propuesta por el dicho Conuento contra doña Brigida y doña Ana Mendez, y se darà satisfacion a el titulo, y excepciones de las susodichas.

RESPONDESE A EL TITVLO presentado.

16 ¶ Para excluyr este derecho tan seguro

se valen las dichas doña Brigida y doña Ana Mendez de dezir, que los dichos Gabriel de Castilla, y su muger, padres de las dichas Religiosas, y en su nombre el dicho Iuan Martinez Mendez, en virtud de poder que para ello le otorgaron, impusieron censo de setecientos ducados de principal sobre el dicho cortijo, a fauor de doña Leonor Mendez, con declaracion, que el dicho cortijo estaua libre de otro censo, e hipoteca; y que si pareciesse lo contrario, pudiesse la dicha doña Leonor y sus herederos executar por el capital y corridos del censo que pareciesse estaua impuesto, para que de su mano lo pagara, y redimiera, de que consta por la escritura de censo que se ha presentado, fecha en 26. de Iulio del año de 1598.

17. ¶ Y que por auer constado que a el tiẽpo de la imposicion del dicho censo estaua el dicho cortijo hipotecado a otros tres censos, el vno de 500. ducados de principal, a fauor de Iuan Fernandez Belorado, de que se deuian 300. de corridos; y el otro de 140. ducados de principal, a fauor de doña Maria de Tapia, de que se deuian 95. ducados de corridos; y el vltimo de 500. ducados de principal, a fauor de don Iuan Mancha, de que se deuian 300. de corridos; y que demas de esto se deuian 300. ducados de corridos de su censo a la dicha doña Leonor Mendez, y que la susodicha por Otubre de el año passado de 606. auia executado por todos los dichos principales y corridos, y auia tomado possession deel dicho cortijo, y que estandolo posseyendo por prenda pretoria, reconociendo que los frutos del cortijo *no* eran bastantes para la paga de dichas cantidades, auia pedido el año de 616. que se vendiesse y rematara en la persona que mas diera por el, y con efeto se auia rematado en Iuan Bautista de Ojeda, Tesorero de la ciudad de Malaga, el qual lo auia comprado para el dicho Iuan Martinez Mendez, padre de las dichas doña Brigida y doña Ana Mendez, y le auia hecho cesion y traspasso del dicho remate, y que en virtud de el posseyò el dicho cortijo el dicho Iuan Martinez Mendez, y despues de su muerte doña Iuana Remirez su muger, y de presente

sente lo posseen las dichas sus hijas.

18 ¶ De todo esto que se ha referido en el numero antecedente no consta por los autos executiuos, remate, y cesion, porque estos no se han presentado, ni se han hallado, aunque por el Conuento se han hecho algunas diligencias en virtud de prouision en el oficio del escriuano ante quien se dize que passaron. Y con lo que pretenden verificarlo las dichas doña Brigida y doña Ana Mendez es, vna escritura otorgada en doze de Nouiembre del año passado de 624. por el dicho Iuan Bautista de Ojeda, en forma de declaracion, en la qual haze relacion de todo lo referido, y dize, que por quanto no se hallaua la dicha cession, y la dicha doña Iuana Ramirez, y sus hijos, y herederos del dicho Iuan Martinez Mendez le han pedido que les buelva a ceder dichos derechos, de nueuo les cede el dicho cortijo, con lo que le pertenece, y se le adjudicò por el remate, sin quedar obligado a el saneamiento.

19 ¶ Y cierto [señor] que puedo assegurar con todo ajustamiento, que de muchos pleytos de esta calidad que han llegado a mis manos, en ninguno he visto titulo tan desesperado, y sin fundamento de derecho, como este que se presenta por las dichas doña Brigida y doña Ana Mendez; antes se manifiesta por el la mala fee con que lo han posseydo; y se defienden.

20 ¶ Lo primero, porque esta excepcion de el titulo, y de que por el se les ha transferido el dominio, la deuen verificar concluyentemente las dichas doña Brigida, y doña Ana Mendez, no solo porque el Reo, para en quanto a verificar sus excepciones, se reputa por Actor, *l.1.ff.de exception.* ibi: *Nam Reus in exceptione Actor est, l.in exceptionibus, ff.de probation.*

21 ¶ Si no porque el cortijo sobre que se litiga fue del dicho Gabriel de Costilla, de quien son hijas y herederas las dichas Religiosas; y puesto que las dichas doña Brigida y doña Ana Mendez pretenden tener titulo particular, por el qual se les aya transferido el dominio, deriuandolo tambien de el dicho

Gabriel

Gabriel de Costilla, como lo es el de la venta y remate, que alegan auerse hecho en Iuan Bautista de Ojeda por bienes del dicho Gabriel de Costilla, lo han de verificar clara y abiertamente, *ex text. expresso in l. siue possidetis, C. de probation.* en cuya especie, inquit Imperator, que los hijos y herederos de aquel cuyos fueron los bienes, tienen fundada su intencion contra el hijo emancipado, que pretende tener titulo de donaciō de los dichos bienes, otorgado por el padre comun, y que esto procede etiam si filius emancipatus, & donatarius possideat, in hæc verba:

22 ¶ *Siue possidetis prædia, quæ à patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vendicant, ipsis incumbit facti probationis necessitas. Siue ipsis ea prædia quasi à patre vestro sibi donata tenentibus, vos hæredes constituti patris petitis, vt intentionem vestram non constitisse, detegant vnde domini facti sunt, emergente quæstione, docere compelluntur.*

23 ¶ *Dict. l. 10. tit. 14. part. 3.* ibi: *Fasta que sea prouado lo contrario.*

24 ¶ Bald. *in dict. l. siue possidetis*, vbi sic summat: *Dominium patris præsumitur continuatum in filium hæredem, non in eum, qui se prætendit donatarium.* Salicetus ibidem *num. 1.* ibi: *Filius emancipatus asserens rem sibi donatam à patre, debet illud probare, siue ipse petat ab hærede possidente, siue hæres ab eo possidente petat.* Augustin. Barbos. *ibid. num. 1.*

25 ¶ Lo segundo, porque en la dicha escritura de declaracion solo se prueua, que Iuan Martinez Mendez padre de doña Brigida y doña Ana tuuo titulo de Iuan Bautista de Ojeda; pero no se prueua lo principal, que es el titulo de venta y remate que el dicho Juan Bautista de Ojeda refiere auer tenido, y no constando del titulo del susodicho, no obsta, ni es de substancia alguna el otorgado en fauor de Iuan Martinez Mendez, *l. traditio, ff. de adquir. rer. domin. cap. nuper de donat. inter vir. & vxor. l. nemo, ff. de regul. iur.* Bart. *in l. cum res, C. de probat.* Crauet. *cons. 24. num. 12.* Afflict. *decis. 40. num. 3.* Boer. *decis. 42. num. 25.* Mascard. *conclus. 535. num. 2.* Surd. *decis. 260. num. 11.* ibi: *Et dominium*

nium non probatur ex titulo, nisi constet, quod author esset dominus, & decis. 305. nu. 14. ibi: *Emptor enim non potuit in cessonarium rei dominium transferre, quod ipse non habebat.*

26 ¶ Porque la essencia y validacion de el titulo presentado està dependiente de el remate y vẽta que el dicho Iuan Bautista de Ojeda refiere auersele otorgado, *l. si procuratorem 8. ff. mandat.* ibi: *Et cuiusque contractus initium expectandum, & causam, l. idemque 10. ff. eod. l. 1. §. si servus, ff. de posit. l. si tantum 12. ff. ad Senat. Consult. Macedon. l. vnic. §. res vero, C de impon. lucrat. descript. lib. 10.* ibi: *Nulla enim in huiusmodi causis confusionis intercedit occasio, si ad primordium tituli posterior quoque formetur euentus,* Plat. *ibid. num. 5.* Bald. *in l. si certis annis, nu. 8. C. de pact.* Surd. *cons. 221. num. 29.* Dom. Larr. *allegat. 14. num. 8.*

27 ¶ Quod quidem in tantum est verùm, vt neque titulus coloratus possit dici, auiendo procedido de quiẽ no cõsta que tuuiesse facultad para otorgarlo como dueño del dicho cortijo, *cap. cum in nostris de conces. Præbend.* vbi Abb. *num. fin.* Ferret. *cons 1. nu. 5.* Paris. *cons 125. num. 28. lib. 9.* Guid. Pap. *decis. 85. n. 3.* Calador. *decis. 7. num. 3.* Grat. *disceptat. 441. nu. 19.* ibi: *Ita vt neque titulus coloratus possit dici, quando præcessit ab eo qui non habet potestatem,* Seraph. *decis. 301. num. 3.* ibi: *Hic non adest titulus coloratus; tum ex eo quod non cõstat de facultate eius, qui contulit.*

28 ¶ Lo tercero, porque los deudores de el censo eran el dicho Gabriel de Costilla, y su muger, y despues de su muerte sus hijos y herederos; y el dueño del censo fue la dicha doña Leonor Mendez, y la dicha escritura de declaracion la otorgò el dicho Iuã Bautista de Ojeda, a fauor de la muger y hijos de Iuan Martinez Mendez, sin que los vnos, ni otros tuuiessẽ titulo, ò causa de los deudores, ni del acreedor, por lo qual no puede ser de perjuyzio, eo quod fuit res inter alios acta, *l. cum quæritur, ff. de except. rei iudic. l. circa, ff. locat. l. si petitor, ff. de iudic. l. quia, ff de iure iur. l. 1. C. res int. alios act.* vbi glos. verb. *constitutum, l. 1. C. quib. res iudic. non noc.* & ibi glos. verb. *non oberit. l. 2. C. de*

except. vbi glos. verbo, *pronuntiatum.*

29 ¶ Lo quarto, porque el principio que tuuo de posseer este cortijo doña Leonor Mendez, fue por prenda pretoria, para hazerse pago con los frutos, lo qual consta por auerlo confessado assi las partes contrarias en sus articulos y alegaciones, cuya confession prueua plenamente, *l. cum precum, C. de probat.* Rot. *decis.* 802. *num.* 1. *part.* 1. *diuers.* Posth. *decis.* 182. *num.* 4. *& decis.* 208. *num.* 1. *&. decis.* 266 *num.* 1.

30 ¶ Deinde consta, por la relacion que de ello haze Iuan Bautista de Ojeda, en la escritura de declaracion presentada, cuya assercion, ò confession prejudica a las partes contrarias.

32 ¶ Tùm, porque han presentado el dicho instrumento, *cap. cum olim de censibus, l. publia, §. fin. ff. de pos. l.* 41. *tit.* 16. *part.* 3. Mascard. *conclus.* 711. *num.* 27. Surdo *cons.* 5. *num.* 37. Farin. *decis.* 553. *num.* 9. *in recentior.* 1. *part.* Pareja *de instrum. edit. tit.* 1. *resolut.* 3. § 3. *num.* 47.

32 ¶ Tùm etiam, por ser Auctor de las partes contrarias el dicho Iuan Bautista de Ojeda, de cuyo derecho se quieren aprouechar, Iason *in §. item seruiana, num.* 89. *Inst. de action.* Guid. *decis.* 52. Coccin. *decis.* 98. *num.* 4. Cavaler. *decis.* 105. *nu.* 4. Gregor. XV. *decis.* 13. *num.* 2. ibi: *Vltra quod confessio Auctoris, ita demum nocet, si successor indigeat, vel vti velit iure ipsius,* Posth. *de manutent. obseruat.* 19. *num.* 53. *& decis.* 570. *num.* 4. ibi: *Et sic concurrit propria confessio Auctoris ipsius Gasparis, qua nulla maior probatio.*

33 ¶ Vnde prouenit, que el propio titulo de prenda pretoria se deue tener por continuado hasta el estado presente, no constando de otro titulo valido y legitimo; *l.* 1. §. *idem Pomponius,* ibi: *Et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus, &* §. *si seruus,* ibi: *Initium enim contractus spectandum est, ff. de posit. l. si procuratorem in princip. ff. mandat. l. si id quod, §. si filius, ff pro soc.* ibi: *Initium enim, in his contractibus inspiciendum, l. denique* 3. §. *Seyo, ff. de minor.* ibi: *Putauimus tamen restituendum in integrum, initio inspecto,* glos. *in dict. l. si procuratorem,* verb. *initium, & in d. §. idem*

Pomponius,

Pomponius, verb. *custodia*, *&* in *l. etsi contra C. de nupt.* Bald. *in l.* 1. *C. si quis aliq. testar. prohib.* Surd. *cons.* 373. *nu.* 44. Cancer. *lib.* 3. *variarum*, *cap.* 15. *de renuntiat. nu.* 208. Dom. Larr. *allegat.* 14. *à num.* 20.

34 ¶ Quia semper præsumitur ex titulo præambulo possidere, *l. quædam mulier, ff. de rei vindic. l.* 2. *C. de acquirend. posses.* vbi Bart. *num.* 3. Luc. de Pœn. *in l.* 3. *C. de Apoc. publ. num.* 15. *vers.* 23. *præsumitur*, Ruin. *cons.* 36. *num.* 10. *lib.* 5. Socin. iun. *cons.* 28. *nu.* 16. *lib.* 1. Alciat *reg.* 2. *præsumpt.* 20. Grauet. *cons.* 226. *nu.* 5. Gabriel *cons.* 32. *num.* 2. *lib.* 1. Osasc. *decis.* 21. *num.* 6. Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 67. *à num.* 1.

35 ¶ Lo quinto, porque el dezir Iuan Bautista de Ojeda en la dicha declaracion, que el año de diez y seys se rematò en el el dicho cortijo judicialmēte, por no auer querido la dicha doña Leonor posseerlo por prenda pretoria, no es de substancia alguna, ni se deue atender.

36 ¶ Tùm, porque esta confession solo pudiera prejudicar a el dicho Iuan Bautista de Ojeda y a sus herederos y sucessores, pero no a estas partes, que son terceros, y no interuinieron en el dicho instrumēto, *l. Seya, ff. ad Velleian. l. duobus*, §. 1. *l. sed etsi possessori*, §. *fin. ff. de iure iur. l. centum*, §. *sed an ipsos*, *ff. de confes.* & in terminis Gratian. *discept. for. cap.* 728. *num.* 10. *&* *cap.* 954. *à num.* 3. Rot. *diuers. decis.* 766. *num.* 1. *part.* 1. *&* *decis.* 582. *num.* 3. *part.* 4. Seraph. *decis.* 300. *num.* 6. Caualcan. *decis.* 128. *num.* 6. Ciriac. *lib.* 2. *controuers.* 258. *num.* 4. Burat. *decis.* 145. *à num.* 3. Posth. *obseruat.* 20. *num.* 32. *&* 33. Dom. Valenç. Velazquez *cons.* 174. *num.* 11.

37 ¶ Tùm etiam, porque no dudamos de que se hizo la dicha escritura de declaracion; lo que se duda es, si el dicho Iuan Bautista de Ojeda tuuo potestad para hazerla; hoc est, si se le vendiò y rematò judicialmente el dicho cortijo, en lo qual consiste toda la dificultad deste negocio, para que por este medio pudiesse trásferir el dominio en Iuá Martinez Mēdez, y quádo principalmēte se duda, ò disputa de vn titulo, no se ha de estar a la enunciatiua que del se haze

en

en otro instrumento, *l. a se toto, ff. de hered. instit. Auth. si quis in aliquo documento, C. de ædend.* & in puncto Felin. *in cap. per tuas, num.* 12. *de probat.* Alex. *cons.* 136. *num.* 12. *lib.* 1. Crauet. *cons.* 29. *num.* 3. Put. *decis.* 381. *num.* 3. *lib.* 1. Posth. *decis.* 184. *num.* 10. ibi: *Et certum est, tūc non probari enunciatiuam, quando principaliter disputatur de enunciato; & decis.* 438. *num.* 4. ibi: *Quia enunciatiuæ non probant vbi de veritate enunciati contingit principaliter dubitari, nam re vera totum consistit in eo,* Dom. Salg. *de Reg. protect.* 4. *part. cap.* 1. *num.* 54. ibi: *Quia adhùc nō dicitur de sententia constare, cum non sufficiat narratiua partis, neque etiam Principis, nec alterius notarij, nisi constet de relato seu narrato.*

38 ¶ Lo sexto, porque el supuesto que se haze en la dicha escritura de declaracion y causa que se dà para que se vendiesse y rematasse el dicho cortijo es, que doña Leonor Mendez, en virtud de la clausula y condicion de su censo, referida supra num. 16. en que el dicho Gabriel de Costilla declarò, que el dicho cortijo estaua libre de otro censo, è hipoteca, y que si cōstasse lo contrario pudiesse la dicha doña Leonor executarle por el cēso que pareciesse estar impuesto para que de su mano lo redimiesse, por auer constado que estauan impuestos sobre el dicho cortijo los tres censos que se refieren supra num. 17. auia executado por los capitales y corridos de ellos, y tomado possession del cortijo.

39 ¶ Y si esto diò causa a el remate, fue nulo notoriamente el que se hizo, porque la causa y motiuo fue falso, vt probatur.

40 ¶ Tùm, porque dos de los dichos censos no consta esten impuestos sobre el dicho cortijo, respeto de que en quāto a el de 140. ducados de principal, y 95. de corridos, a fauor de doña Maria de Tapia, no se ha presentado escritura de imposicion, ni otro titulo alguno. Y el de Iuan Fernandez Belorado, solo consta por vna escritura de cession que el susodicho hizo el año de 608. en la qual haze relacion q̄ el dicho Gabriel de Costilla le pagaua vn cēnso de 500. ducados; de que se le deuian 344. reales de corridos,

y que la dicha doña Leonor Mendez le auia ofrecido pagar las dichas cantidades cediendole sus derechos, y con efecto se los cede por la dicha escritura.

41 ¶ Tùm, porque el censo de don Iuan Mancha, de cuya imposicion consta por la escritura presentada, no pudo dar causa a el dicho remate, respecto de que se impuso el año de 601. y el de la dicha doña Leonor Mendez estaua impuesto desde el año de 598. y el pacto fue, que se auian de redimir los censos que pareciesse estauan impuestos quando se impuso el de la dicha doña Leonor, de que resulta, que lo que se pretende de que se remató el cortijo para pagar este censo, fue contra la substancia del pacto referido, & idem dicimus, de los otros dos censos de cuya imposicion no consta, & nulatenus potuit fieri, *l. 1 §. si conveniat, ff. de pos. l 1. l. iuris gentium, §. Prætor. ff. de pact. l. 1. ff. de const. pecun. l. cum amplius, ff. de reg. iur. cap. 1. de pact.* & pasim DD.

42 ¶ De lo qual resulta que, ò no intervino remate del cortijo, porque fuera contra derecho, y esto no se puede presumir, si no antes lo contrario, *l. milles, §. iudicari, ff. de re iudic.* Caualcan. *decis. 37. num.* 53. Surd. *decis. 69. num.* 8. Seraph. *decis.* 984. *nu.* 3. *tom.* 1. Dom. Salgad. *de Reg. protect. 4. part. cap.* 12. *n.* 62. *&* 63.

43 ¶ O que si intervino fue notoriamente nulo, tanquam ex falsa causa facto, *cap. cum causa de sent. & re iudic.* vbi Bald. *num.* 2. Felin. *in cap. inter cæteras, eod. tit. num.* 2. Alex. *cons.* 123. *num.* 7. *lib.* 1. Afflict. *decis.* 47. *num.* 3. Banc. *de nullit. ex defect. proces. nu.* 129. Farin. *decis.* 759. *nu.* 4. ibi: *Ex quibus sequitur etiam mãdatum immissionis ad fauorem Pacifici expeditum laborare eodem vitio nullitatis, & iniustitiæ, non solum, quia fundatur super dicto calculo nullo, erroneo, ac notoriè iniusto.*

44 ¶ Ioan. Baptist. Tor. *in comp. decis. tom.* 1. verb. *sententia, fol. mihi* 502. *colun.* 2. ibi: *Sententia lata ex falsa causa an nulla iudicetur ita, & taliter quòd si fuisset præstita sententia assistentiæ super aliqua domo, quæ erat alicuius mulieris sic in iudicio per eam verificatũ per testes, & scripturas, & succesiue poßessor condemnari debeat, ad eius relaxationem, decisum fuit per M. C. eße nullam, & poßessor*

ſeßor condemnatus ad reſtitutionem.

45 ¶ Lo ſeptimo, porque ſe ſupone, que el dicho cortijo ſe vẽdia para redimir y pagar los dichos tres cenſos, y los corridos de el de la dicha doña Leonor, y no conſta que ſe vendieſſe a pagar de contado; lo qne conſta es, que auiendoſe rematado el año de 1616. no eſtauan pagados los cenſos el de 624. quando ſe otorgò la dicha eſcritura, y en ella les haze cargo Iuan Bautiſta de Ojeda a las partes contrarias, y a ſu madre, de que los paguen, y el Reo que aſsiſte en eſta Corte confeſsò en la Sala, que actualmente pagaua los corridos de dichos cenſos, de que reſulta vn argumento, ab vtroque convincens.

46 ¶ Que ſi ſe vendiò fiado, no ſe deuiò hazer, y fue nulo el dicho remate, reſpecto de que no ſe pudo vender ſi no es a pagar el precio de contado, por el efecto y cauſa para que ſe vendia, que era de redimir los dichos tres cenſos, y ſer en venta y remate judicial, *l. à Diuo Pio*, §. *ſed ſi emptor*, *ff. de re iudic.* Ibi: *Oportet res captas pignori, & diſtractas, præſenti pecunia diſtrahi*, vbi Bart. *num.* 5. Surd. *conſ.* 168. *num.* 14. Pereg. *de iur. fiſc. lib.* 6. *tit.* 4. *nu.* 9. Menoch. *de arbitr. caſ.* 381. *nu.* 19. & 20. Oſaſc. *deciſ. Pedemont.* 109. *num.* 10. Intigriol. *deciſ.* 15. *nu.* 14. & 58. Farin. *deciſ.* 3. *num.* 1. & 2. & *deciſ.* 247. *num.* 5. Alex. Ludouic. *deciſ.* 23. *nu.* 1. Gratian. *diſcept.* 321. *nu.* 4. Fontanel. *de pact. tom.* 2. *clauſ.* 7. *gloſ.* 3. *part.* 7. *num.* 2. Giurb. *deciſ.* 93. *num.* 1. Mangil. *de euict. quæſt.* 45. *nu.* 16. Hermoſill. *in l.* 52. *tit.* 5. *p.* 5. *gloſ.* 7. *num.* 5. Dom. Salgad. *in labyrinth.* 3. *part. cap.* 2. *num.* 2. ibi: *Qua de cauſa ſubhaſtatio per iudicem facta, & admiſſa habita fide de pretio, aut aliter ſub quibuſvis conditionibus oblato, nulla erit ipſo iure, nec ex ea aliquod ius acquiritur emptori, cũ hoc modo facta ſubhaſtatio ex diametro oponatur fini, quo bona debitoris ſubhaſtari mandantur, nempè pro ſatisfactione creditorum præciſe requirentem præſentem pecuniam.*

47 ¶ Y ſi ſe vendiò a pagar de contado, cõſta por la dicha eſcritura, que no pagò el precio el dicho Iuan Bautiſta de Ojeda, ni deſpues lo pagò Iuan Martinez Mendez, ni haſta aora lo han hecho las partes

tes contrarias, con que no se les ha transferido el dominio del dicho cortijo, *l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53. *ff. de contrah. empt. l. ex empto* 11. *ff. de action. empt. l. procuratoris*, §. *planè, ff. de tribut. act. l. ea quæ distracta, ff. de præcar. l.* 3. *C. de pact. int. empt. & vendit. l. cũ manusata, ff. de contrah. empt.* §. *venditæ. Inst. de rer. diuis. l.* 46. *tit.* 28. *part.* 3. Anton. Gom. *tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 30. Fontan. *de pact. claus.* 7. *glos.* 2. *part.* 9. *num.* 21. *&* 22. Surd. *decis.* 220. *num.* 13. Franch. *decis.* 506. *num.* 5. Magon. *decis. Lucens.* 31. *& Florent.* 91. *nu.* 8. *&* 9. Sesse *decis.* 42. *à num.* 13. Dom. Valenç. *cons.* 59. *nu.* 35. Hermosi. *in l.* 28. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 1. *à num.* 39. Dom. Salgad. *in labyrinth. part.* 1. *cap.* 35. *num.* 8. *&* 9.

48 ¶ Lo octauo, porque no tiene justificacion alguna el pretender darsela a la dicha escritura, con la antigueda d della.

49 ¶ Tùm, porque la antiguedad del instrumento solo puede obrar, en quanto a que por ella se presuma auer intervenido las solemnidades que en el acto deuieron concurrir, pero quando el defecto no consiste en la solemnidad extrinseca del contracto, si no en la substancia del, como en este caso, donde no controuertimos, si para el remate precedieron los pregones y demas solemnidades, si no si huuo, ò no remate de el cortijo, tùnc enim antiquitas temporis nihil operatur, sic distingunt Crauet. *de antiq. temp.* 3. *part.* §. 1. *nu.* 22. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 132. *nu.* 77. Grat. *discept. cap.* 268. *num.* 36. Alex. Ludouic. *decis.* 393. *num.* 2. *&* 3. Mier. *de maior.* 1. *part. quæst.* 45. *num.* 21. Paresa *de instrum. ædit. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 3. *num.* 77. ibi: *Quarta conclusio est, quod quando in his instrumentis exemplatis, non solum dubitatur de solemnitate, sed etiam de substantia actus, antiquitas nihil prodest, nam & si potens sit ad præsumendam solemnitatem, minimè tamẽ efficere potest, vt præsumatur substantia, de qua quidem aliàs non apparet.*

50 ¶ Tùm etiam, porque la dicha escritura se otorgò el año de veinte y quatro, y la demanda se puso el de quarenta y cinco, con que solo auian passado veynte y vn años desde su otorgamiento, y en estas materias tiempo antiguo se dize el que excede de cien

años,

años, Iaſ. *in l. cum aliquis, C. de iur. deliber.* vbi Alex. *num. 6.* Dec. *conſ. 13. num. 8.* Gratian. *diſceptat. cap. 268. num. 10.* Farin. *deciſ. 167. num. 43. in recentior.* Seraph. *deciſ. 394. num. 1.* Eſcobar *de puritat. 1. part. quæſt. 10. §. 3. num. 15.* Ioann. Baptiſt. Coccin. *deciſ. 69. num 6. 7. & 8.* ibi: *Quia, etiam ſi ex tali præſumptione toleretur, quod iſta enuntiatiua à perſona ſuſpecta emanaret, nihilominus non inde ſequitur, dominium probare, cum enuntiatiua contra tertium non probet, niſi in antiquis inſtrumentis ſit prolata, qualis non eſt hæc, quia non excedit tempus centum annorum, quod ſolum in inſtrumentis dicitur antiquum,* Oliuer. Veltramin. in addit. ad Alex. Ludouic. *deciſ. 389 num. 7.* Pareja *dict. §. 3. num. 82.*

51 ¶ Lo nono, porque la prouança hecha por las partes contrarias, en que dizen teſtigos, que los dichos Iuan Bautiſta de Ojeda, y Iuan Martinez Mendez, poſſeyeron el dicho cortijo como ſuyo proprio, percibiendo ſus frutos, no prueua el dominio en los ſuſodichos, Bart. *in l. quidam in ſuo, num. 4. ff. de condit. inſt.* Alex. *conſ. 10. num. 4. in fin.* Decian. *reſponſ. 73. nu. 8. & ſeqq. lib. 4.* Verral. *deciſ. 229. part. 1.* Ioan. Baptiſt. Coccin. *dict. deciſ. 79. num. 10. & 11.* ibi: *Teſtes vero nihil probant, nam dum deponunt de emptione de auditu, nihil relebant; dum autem deponunt de poſſeſſione Bartholomei Iacobæ, & fratrum vti dominorum cum perceptione fructuum, non probant dominium.*

52 ¶ La razon diò elegantemente Bald. *in l. 1. C. de reuoc. donat. num. 3.* ibi: *Nam per teſtes benè poteſt probari poßeſſio, quæ facti eſt, & cadit in ſenſum teſtis, ſed quò modo, vel quo animo poſſederit, hoc nō poteſt probari per teſtes: quia non cadit in ſenſum teſtiū qualitas poſsidendi, licet enim poßeßor dicat ſe poſsidere vt dominum, tamen hoc non cadit in ſenſum teſtium, quod ille ſit dominus, intrinſeca autem conſcientia poßeſſoris ignota eſt.*

53 ¶ Lo dezimo, porque menos obſta, que el año de 621. auiendo pedido la dicha doña Leonor Mendez execucion por 5U225. reales de corridos de ſu cenſo, y citado de remate a doña Yſabel de Coſtilla, y don Iuan de Coſtilla, hijos del dicho Gabriel de Coſtilla, reſpondieſſen los ſuſodichos, que no tenian bie-

nes

nes del dicho su padre, y que los que auian quedado por su fin y muerte los posseia judicialmente Iuã Martinez Mendez y sus herederos mas auia de quinze años, y que de ellos se auia de cobrar.

53 ¶ Esta respuesta no es contraria a lo que queda fundado, antes muy conforme a ello, porque esto correspondiò, ò solamente pudo corresponder a la possession; que por prenda pretoria se dize auer tomado la dicha doña Leonor Mendez el año de 607. desde el qual, hasta el de 21. *inclusiue*, auian passado 15. años, y el remate se quiere dar a entender que se hizo el año de 617. y que despues lo auia cedido Iuan Bautista de Ojeda en Iuan Martinez Mendez, como se refiere en la dicha escritura; y desde este hasta el de 21. no auian passado mas de quatro años. Y supuesto que la respuesta refiere, que el dicho Iuan Martinez y sus herederos posseian el cortijo mas auia de 15. años, no se ha de referir esto a el remate, si no a la prenda pretoria que auia tomado doña Leonor Mendez, porque es con lo que mas se ajusta, y a lo que se puede aplicar, *l. non est nouum, ff. de legib. l. hæres meus, §. 1. ff. de legat. 1. l. si ex pluribus, ff. de solut. l. scire oportet, §. aliud, ff. de excusat. tutor. l. 1. ff. ne quid in loc. publ. l. 3. §. si quis hæredi, ff. de stat. liber. l. vt gradatim, in princip. ff. de muner. & honor. l. 1. C. de Sacros. Eccles.* Paul. Duran. *decis. 48. num. 14. & decis. 145. num. 8. & decis. 82. num. 24.*

54 ¶ Y esto se verifica mas bien con lo articulado en este pleyto por el dicho Convento, pretendiendo en la tercera pregunta de su interrogatorio verificar, que Iuan Martinez Mendez executò en el dicho cortijo por los reditos de vn censo que dixo tenia sobre el, y que con requisitoria de la justicia de Malaga se auia entrado en el dicho cortijo, y alçadose con el, y cõ todos los peltrechos de labor, ganados, rentas, y frutos; siendo assi que quien tenia el censo sobre el dicho cortijo, y pudo auer executado en el, fue la dicha doña Leonor Mendez, y no Iuan Martinez Mendez, porque este no tenia derecho alguno para executar: de que resulta, que los dichos menores

siempre han estado entendiendo que el dueño del censo, y quien auia tomado possessió del cortijo por prenda pretoria el año de 607. era el dicho Iuan Martinez Mendez, pues aun aora, padeciendo el mismo error, lo articulan; y assi no fue mucho que el año de 21. respondiessen a la citacion de remate, que el dicho Iuan Martinez Mendez posseia judicialmente el dicho cortijo, refiriendose en esto a la prenda pretoria que auia tomado el dueño del dicho censo, con que la equiuocacion solo estuuo en juzgar que el dueño del censo era el dicho Iuan Martinez Mendez, siendolo la dicha doña Leonor Mendez, de que consta por la escritura presentada.

55 ¶ Quapropter se manifiesta, que el titulo exhibido por las partes contrarias no tiene justificacion alguna, y que la possession que han tenido, y la de sus autores, ha sido de prenda pretoria, por la qual el dicho Gabriel de Costilla y sus herederos han conseruado y retenido el dominio del dicho cortijo, *l. generaliter 29. in princip. ff. qui & à quibus manum, l. 1. §. per seruum, ff. de adquirend. possess. l. pignus, C. de pign. action. l. rescriptum, ff. de distract. pignor. l. quis sit fugitiuus, §. pignori, ff. de ædilit. edict. l. si dominium, C. de pignorib.* Riminald. iun. *Instit. quib. alien. lic. vel non, in princip. num. 4. & §. 1. num.* 1. Stephan. Gratian. *disceptat. cap. 777. num.* 13. ibi: *Quia predium fuit datum pro residuo dotis florenorum 2850. ad habendum & tenendum loco pignoris, & donec fuerit solutum dictum residuum dotis, quo casu non dicitur facta aliqua alienatio eiusdem predij, cum pignus maneat in bonis debitoris, nec ex eo aliquod dominium transit in creditorem, tãquem illud sit ipsius debitoris, & eius periculo, & incommodo pereat.* Dom. Salgad. *in labyrinth. 1. part. cap. 11. num.* 15.

PONDERASE OTRO FVNDAMENTO en fauor del Conuento, que assegura la determinacion.

56 ¶ Quando fuesse cierta la relacion que en la dicha escritura de declaracion se haze, por ella,

y por los instrumentos presentados por las partes contrarias se manifiesta, que qualquiera remate que se huuiesse hecho, es nulo.

57 ¶ Porque justificadamente no deuia Gabriel de Castilla pagar las cantidades para cuya satisfacion se pretende auer rematado el cortijo,

58 ¶ Lo primero, porque no consta de los dos censos, el vno a fauor de doña Maria de Tapia, y el otro de Iuan Fernandez Belorado.

59 ¶ Lo segundo, porque aunque se ha presentado vna cession de Iuan Fernandez Belorado, a fauor de la dicha doña Leonor Mendez, haziendo relacion de que tenia vn censo de cantidad de quinientos ducados contra el dicho Gabriel de Castilla, impuesto el año de 591. sobre dozientas fanegas de tierra, ni consta del dicho censo, ni que las dozientas fanegas de tierra sobre que está impuesto sea el dicho cortijo.

60 ¶ Lo tercero, porque la cession de Iuan Fernandez Belorado fue el año de 608. y el pleyto executiuo que auia seguido la dicha doña Leonor Mendez, en que se supone huuo sentencia de remate, y que tomò possession del cortijo por prenda pretoria, fue el año de 606. como se refiere en la dicha escritura de declaracion, respeto de lo qual la dicha cession no pudo comprehenderse en la execucion, y sentencia de remate, porque fue posterior a ella: y assimismo el remate de los bienes que despues dizen auerse hecho, no se pudo hazer si no por la cantidad porque auia salido la sentenaia de remate.

61 ¶ Lo quarto, porque la cantidad de corridos que cediò el dicho Iuan Fernandez Belorado fueron 544. reales, y en la dicha escritura de declaracion se refiere, que la dicha doña Leonor executò por trezientos ducados de corridos del dicho censo de Iuan Fernandez Belorado.

62 ¶ Lo quinto, y vltimo, porque el censo de don Iuan Mancha se impuso el año de 601. con que este censo no pudo dar causa a la execucion, ni salir sentencia de remate por el, porque solo pudo executar

por los censos que estauan impuestos sobre el dicho cortijo a el tiempo que se impuso el censo de la dicha doña Leonor, que fue el año de 598.

63 ¶ Y quando el principal del censo de Iuã Fernandez Belorado pudiera tenerse por comprouado, sin embargo se justifica; que el remate no pudo salir por los principales y corridos de los censos de don Iuan Mancha, y doña Maria de Tapia, ni por trezientos ducados de los corridos del censo de Belorado, pues la cesion no fue mas que de 344. reales.

64 ¶ Hoc ergo in facto supposito, se comprueua notoriamente, que quando fuesse cierta la relacion de la dicha escritura de declaracion, era nulo el remate, por auerse vendido el dicho cortijo para pagar mas cantidad que la que justamente se deuia, textus expressus *in l. si non sortem, §. si centum, ff. de condict. indebit.* ibi: *Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem, Marcellus libro vigesimo Digestorum scribit: & centum manere stipulationem, licet enim placuit, rem pro pecunia solutam, parere liberationem; tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretij res soluta est, nõ fit confusio partis rei cum pecunia: nemo enim invitus competitur ad communionem, sed & conditio integræ rei manet, & obligatio incorrupta.*

65 ¶ Bart. *in dict. §. si centum, num.* 5. Angel. *num.* 1. Alexand. *num.* 2. Bald. *in l. certi conditio, §. quoniã, ff. si cert. petat.* Roman. *in l.* 1 §. *penultim. ff. de verbor. obligat.* Afflict. *decis.* 358. *num.* 7. Surd. *decis.* 45. *num.* 3. & *decis.* 74. *num.* 8. Capic. *decis.* 51. *num.* 1. Magon. *decis. Florentin.* 110. *à num.* 5. D. Francisc. Hieronym. de Leon *decis.* 25. *num.* 2. ibi: *In primo dubio Sacrum Consilium dixit, decretum de vendendo esse nullum. Primò, ex quo datio in solutum iudicialis, siue venditio Curiæ in solutum sui crediti fuit facta dicto D. Ianuario de Perellos pro maiori quantitate quam ei erat debita.* Hermos. *in l.* 52. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 7. *num.* 22.

66 ¶ Et ita strictè hoc procedit, & est verùm, quod etiam si in vno nummo foret excessum, adhùc corrueret dicta alienatio, vt docent supra dicti DD. præcipuè Magon. *dict. decis.* 110. *num.* 5. & plures

quos

quos refert Hermosill. *dict. glos. 7. num. 22.*

67 ¶ Nec potest pro parte, quæ verè & realiter debetur, sustineri venditio, sed in totum erit nulla, & bona restituenda, etiam si plures fundi subhastarentur, *dict. §. si centum*, ibi: *Sed & condictio integræ rei manet*. Surd. *dict. decis. 74. num. 8. & 9.* Afflict. *decis. 358. num. 7. & decis. 218. num. 4.* Francisc. Milanens. *lib. 1. decis. 14. num. 34.* D. Francisc. Hieronym. de Leon *dict. decis. 25. num. 8.*

68 ¶ Et est ratio. Tùm, quia decretum iudiciale de vendendo est indiuiduum, y no puede ser valido en parte, y en parte nulo, *l. in hoc iudicio 27. ff. famil. erciscund.* ibi: *Quia non potest ex vno iudicio res iudicata in parte valere, & in parte non valere*, & notant in *dict. §. si centum*, Bart. Bald. & Paul. de Castr. Milan. *dict. decis. 14. num. 34.* Leon *dict. decis. 25. num. 8.*

69 ¶ Tùm, porque si fuesse valida en parte por el credito verdadero, y nula por la cantidad que no se deuia, se obligara a el deudor, a que estuuiera en comunidad contra su voluntad, quod neutiquam potest fieri, *dict. § si centum*, ibi: *Nemo enim inuitus compellitur ad communionem, l. fin. C. commun. diuid.*

70 ¶ Secus erit quando la adjudicacion se hizo en la cantidad que verdaderamente se deuia, y el deudor pretende, que los bienes valian mas que aquello en que se adjudicaron; tùnc enim, no puede auer lugar la disposicion del *§. si centum*, sed alia via, & remedio, est agendum, scilicèt, vel ex *l. 2. C. de rescind. vendit.* vel ex *l. 2. C. si in caus. iudic.*

71 ¶ Et ita omnes DD. ex veriori sententia distinguunt, & declarant, Bart. *in l. quamvis, ff. de solut.* Dec. *in l. cum amplius, ff. de regul. iur.* Ruin. *cons. 136. nu. 5. lib. 1.* Magon. *dict. decis. 110. num. 6. & 7.* Franch. *decis. 224. num. 4. vers. Conferunt.* Marescot. *variar. lib. 2. resolut. 15. num. 12. 13. & 14.* Hermosill. *dict. glos. 7. num. 22. circa finem.*

72 ¶ Vnde queda comprouado este discurso, porque nos hallamos en los terminos de la primera resolucion; nempè, de auerse rematado el dicho cortijo, y vendido por mas cantidad de la que justamente

se deuia, quapropter fue nulo el dicho remate (casu quo vere existeret) vt satis concludenter probatur ex iuribus supra dictis.

73 ¶ Y excluydo el titulo de el dicho Iuan Bautista de Ojeda, lo queda asi mismo el que pretenden tener las partes contrarias, en virtud de la dicha escritura de declaracion, *l. lex vectigali, ff. de pignor. l. Estatius Florus, §. Cornelio Felicio, ff. de iur. fisc. l. quod si pendente, §. fin. ff. de peric. & comm. rei vendit. l. peto, §. si prædium, ff. de legat. 2. l. si is, §. 1. ff. quemadmod. seruit. amit. l. minor. §. fin. ff. de peric. & comm. rei vend. l. si quis domum, ff. locat. l. si finita, § si de vectigalibus, ff. de publican. l. 1. & 2. C. si pign. pignor. dat. sit.* & ex pluribus Hermosill. *l. 67. tit. 5. part. 5. glos. 1. num. 17.*

RESPONDESE A LA PRESCRIRPCION.

74 ¶ Muy ordinario es en los Reos posseedores valerse deste remedio, y de ordinario no se atiende a el, por ser de su naturaleza odioso, glos. *in l. vnic. C. si adversus vsucap. in fin.* Bart. *in l. etiam ei, num. 1. ff. de minor.* Paul. *in l. fin. nu. 1. C. in quib. caus. in integr. restit. & in l. si intra, num. 5. C. de n. numer. pecun. & cons. 229. num. 2. lib. 2.* Balb. *de præscrip. 1. part. 6. principal. num. 33.* Barb. *in l. sicut 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann. num. 336.*

75 ¶ Pero en este caso concurre mayor razon, porque teniendo las partes contrarias obligacion de prouar la prescription, *cap. ex literis in fin. de probat.* Mascard. *conclus. 1213. num. 1.* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 33.* Petr. Barbos. *de præscript. in Rubric. num. 2.*

76 ¶ No la han verificado con los tres requisitos de que se compone, que son, titulo, buena fè, y el transcurso de tiempo, con possession continuada, *cap. veniens, cap. auditis de præscript. cap. 1. eod. tit. lib. 6.* Crauet. *cons. 201. num. 28.* Balb. *de præscript. 2. part. 3. part. princip. quæst. 3. à nu. 7.* Mascard. *conclus. 1218. nu. 6.* Menoch. *dict. præsumpt. 33. nu. 9.* Farinac. *decis. 610. nu. 1. & 2. part. 1. nouissimar.* Seraph. *1. part. decis. 422.*

num.

num. 6. Dom. Larr. *allegat*. 68. *num*. 3.

77 ¶ Y discurriendo por los tres requisitos referidos, no ay alguno de ellos que le assista a las partes contrarias.

QVE NO LES ASSISTE EL TITVLO.

78 ¶ Para comprouar esta proposicion se deue atender a lo que se ha referido à num. 16. en exclusion del titulo presentado por las partes contrarias, & quidquid ibi diximus, hic erit transferendum, porque el titulo que ha de dar causa a la prescripcion, debet esse idoneus, & legitimus, & vt vulgo dicitur, saltim coloratus, *cap*. 1. *de præscript*. *lib*. 6. *cap*. *cum personæ*, §. *quod si talis de priuileg*. *eod*. *lib*. Pereg. *de fideicom*. *art*. 52. *num*. 141. *&* 142. D. Couarr. *practicar*. *cap*. 17. *nu*. 6. vers. *Primum*. Barbos. *in l*. *comperit*, *C*. *de præscript*. 30. *vel* 40. *annor*. *à num*. 149. Cabed. *decis*. 15. *nu*. 6. *part*. 2. Dom. Larr. *dict*. *allegat*. 68. *num*. 3.

79 ¶ Y el titulo presentado por las partes contrarias, y que pretenden tener, nec saltim coloratus potest existimari, vt probauimus supra num.

80 ¶ Quia vt titulus dicatur coloratus, es necessario que aya procedido de persona que tenga potestad para darlo, aunque tenga algunas nulidades, ò vicios, los quales por el transcurso de tiempo se saná y excluyen, Abb. *in cap*. *in literis de restit*. *spoliat*. Guid. Pap. *quæst*. 85. *num*. 3. Osasc. *decis*. 116. *nu*. 7. Menoch. *de recuper*. *posses*. *remed*. 15. *num*. 463. Peregr. *de fideicom*. *art*. 48. *num*. 31. ibi: *Vt ad obtinendam possessionem sufficiat titulus coloratus, & coloratus dicitur, quando processit ab habente potestatem, nec exigitur, quod alia ostendatur validitas tituli, nisi quo ad formã extrinsecam*. Dom. Larr. *dict*. *allegat*. 68. *nu*. 3. *in fin*. ibi: *Et ille titulus existimatur idoneus, vt sufficiat ad præscriptionem, qui processit ab habente potestatem, & in figura extrinseca sit validus, etiam si intrinsece non valeat*.

81 ¶ Y que Iuan Bautista de Ojeda no tuuiesse potestad para dar titulo a Iuan Martinez Mendez, satis appatet ex iam dictis.

De

82 ¶ Deinde se hallarà, que Iuan Bautista de Ojeda no vendiò a Iuan Martinez Mendez, si no hizo vna declaracion a fauor de sus herederos, cediendoles el remate, de el qual, ni consta, ni fue cierto, ni huuo fundamento, ò causa para que se hiziesse, y supuesto que las partes contrarias se quieren valer de el dicho titulo del remate que no tiene otro, les obsta y prejudica el vicio y defectos que en el se hallan, pues que prouienen de la persona de su Auctor, *l. Pomponius*, §. *cum quis*, *ff. de adquirend. poßes.* Paul. de Castr. *consf.* 258. *column. fin. lib.* 2. ibi: *Quia sicut cum quis vtitur adminiculo possessionis ex persona sui Auctoris, debet ea vti cum sua causa suisque vitijs, ita & cum vtitur adminiculo tituli sui Auctoris, cum sit eadem ratio*, Bald. *in l. cum qui*, §. *in hac in fin. ff. de public.* Petr. Barbos. *de præscript. in Rubric. num.* 260. ibi: *Ex qua colige, quod ille, qui vtitur titulo alicuius, debeat eo vti cum suis vitijs.*

QVE NO HAN TENIDO BVENA FEE.

83 ¶ No es dudable, que para la prescripcion se necessita, que el posseedor lo sea de buena fee, *cap. fin. de præscript. cap. possessor de reg. iur. lib. 6. l. cum hæres, ff. de diuers. & tempor. præscript. l. si aliena res, ff. de vsucap. l. 2. ff. pro emptor. l.* 40. *tit.* 28. *l.* 12. *tit.* 29. *part.* 3.

84 ¶ Y para prouar que las partes contrarias y Iuan Martinez Mendez su padre no han sido posseedores de buena fee, no es necessaria otra comprouaciõ que la que resulta de su titulo, porque siendo nulo y vicioso arguye mala fee, en quiẽ ha posseydo en virtud del, *l. quemadmodum, C. de agric. & censit. lib.* 11. *l. fin.* §. *si autem, C. commun. delegat. cap. qui contra de reg. iur. lib.* 6. Ioan. Andr. *in dict. cap. cum personæ, n. fin.* Ancharran. *num.* 4. Philip. Franc. *num.* 3.

85 ¶ Elegant. Dominic. Geminian. *cons.* 96. *num.* 4. ibi: *Et quoties legebãt priuilegium, constituebantur in mala fide, ac per consequens additiuè ad ipsum præscribere nequaquam poterant.*

86 ¶ D. Couarr. *in reg. poßessor. 2. part.* § 3. *nu.* 8.

Olasc-

Osasc. *decis.* 101. *num.* 31. Farinac. *decis.* 136. *num.* 12. *in nouiss.* 1. *part.* Surd. *cons.* 28. *num.* 76. Gratian. *discept. tom.* 3. *cap.* 441. *num.* 17. Dom. Molin. *lib.* 2. *cap.* 6. *nu.* 66. ibi: *Si vero titulus vitiosus atque illegitimus sit, eiusque qualitatis, vt causam praescribendi praestare non possit, dicendum erit, quod si constet apertissimè titulum hunc dedisse causam, & initium praescriptioni, ex eo vis immemorialis praescriptionis omnimò corruet, quod ostenditur solidissima ratione. Nam titulus vitiosus, seu illigitimus, praescribentes in mala fide constituit*, Barbos. *in dict. l. comperit, num.* 144. Marescot. *lib.* 1. *var. cap.* 130. *num.* 6.

87 ¶ De aqui prouiene la cautela que se les dà a los que se fundan en possession inmemorial, para que no aleguen, ni exhiban titulo alguno, respecto de que con la possession inmemorial tienen la presumpcion de buena fee; pero exhibiêdo titulo, y constando del la nulidad, vicio, ò defecto, de que se arguye la mala fee, es esta tan poderosa que excluye la buena fee presumpta que resultaua de la possession inmemorial, Dom. Molin. *dict. cap.* 6. *num.* 64. & 75. Auend. *de exeq. mand.* 1. *part. cap.* 12. *nu. fin.* Honded. *cons.* 82. *num.* 43. *lib.* 1. Raudens. *decis. Pisan.* 13. *nu.* 120. Gratian. *dict. cap.* 441. *num.* 18. Dom. Larr. *allegat.* 68. *nu.* 11. 24. & 25. Dom. Castill. 7. *lib. de tertijs, cap.* 26. *nu.* 25. & 27.

QVE NO HAN POSSEYDO TIEMPO LEgitimo para poder prescriuir.

88 ¶ Las partes contrarias alegan, que ellas, y su padre, y autores han posseydo este cortijo mas tiempo de quarenta años, con que les parece, que en quanto al tiempo es el legitimo y bastante para poder prescriuir, y si fuesse cierto lo que alegan, no dudaramos de la resolucion de derecho, pero notoriamête se engañan, ò pretenden engañar con esta proposicion.

89 ¶ Porque la possession para este efecto ha de ser justa, legitima, y ciuil, scilicet, acquisita non vi, non clam, non precario, nec facultatiua, seu alio

quouis

quouis titulo ex quo detentor rei, non suo, sed alieno nomine possidet, *l. 1. §. per seruum qui in fuga, ff. de acquir. possess. l. seruij. & filij, § fin. ff. de furt. l. 1. in princ. & in § quod ait Prætor, ff. vti possidet. l. si quis diuturno, ff. si seruit. vindic. dict. cap. cum personæ, §. quod si tales de priuil. lib. 6.* Bart. *in l. 1. nu. 8. ff. de acquir. possess.* D. Couarr. *in dict. reg. possessor. in initio, 2. part. nu. 4. & 7.* Nat. *cons. 611. num. 19. & cons. 512. num. 2.* Tusch. *lit. P. conclus. 472. num. 1.* Dom. Larr. *dict. allegat. 68. num. 15.*

90 ¶ Con este supuesto veamos pues aora desde que persona toman principio de posseer las partes contrarias, y parece que para el computo del tiempo referido que tienen alegado y articulado auràn de ocurrir a la possession que tuuo la dicha doña Leonor Mendez, que dizen la tomò del cortijo el año de 607.

91 ¶ Sed hæc possessio nihil illis prodest, respecto de que las partes contrarias alegan y confiessan que fue por prenda pretoria, y consta de la escritura de declaracion; y quando el acreedor possee en esta forma, es visto no tener possession verdadera, y quien possee es el deudor, y en su nombre el acreedor, *l. pignori 3. ff. de vsucap. l. si seruus depositus 22. §. 1. ff. de noxal. l. si pignus 37. ff. de pignorat. act. l. 1. §. per seruium el 2. ff. de acquir. possess.* Pereir. *de empt. & vendit. cap. 8. nu. 37.* Petr. Barbos. *in l. diuortium, §. si vir. ff. solut. matr.* August. Barb. *de iure Eccles. lib. 3. cap. 13. à nu. 236.* D. Paz de tenut. *cap. 1. nu. 54.* Rot. apud Posth. *decis. 129. num. 2.* D. Salgad. *in labyrinth. part. 1. cap. 1. num. 16.*

92 ¶ In tantum, quod creditori turbato in sua possessione, seu detentatione, non competit interdictum aliquod possessorium, *l. si duo 3. §. creditores, ff. vti possid.* ibi: *Creditores missos in possessionem rei seruandæ causa interdicto vti possidetis, vti non posse, & merito; quia non possidet,* vbi glos. verb. *non possidet.*

93 ¶ Licet verùm sit, quod ille creditor turbatus manutendus est officio iudicis in sua mera detẽtatione, glos. *in dict. §. creditores,* verb. *Non posse,* Paulo de Castr. *in l. Aquilius Regulus, num. 5. ff. de donat.* Rot. apud Posth. *decis. 129. num. 2. vers. Quia, & decis. 497. num. 1. & 2.*

De

94 ¶ De lo qual prouiene que se deue sacar de este computo el tiempo que posseyò la dicha doña Leonor Mendez, que fue, como confiessan las partes contrarias, desde el año de 607. hasta el de 617. en el qual en 25. de Enero se refiere que hizo la postura el dicho Iuan Bautista de Ojeda.

95 ¶ Y prosiguiendo con este discurso de el computo del tiempo, supongamos que Iuan Bautista de Ojeda posseyesse desde fin de Enero del dicho año de 617. y se hallarà que no ay termino bastante para prescriuir, porque el pedimento del Convento en este pleyto para tomar la possession fue en 4. de Agosto de 645. Y en 9. de el dicho mes tomò la possession. Y en 24. de Otubre del dicho año se diò la querella en esta Corte por las partes contrarias, pretendiendo, que el Iuez inferior les auia despojado de su possession, respecto de lo qual passaron desde fin de Enero de 617. hasta 4. de Agosto de 645. veynte y ocho años y medio, el qual no es tiempo bastante para prescriuir el dominio de el dicho cortijo, quia iam hodie opus est triginta annorum, *l. si quis emptionis, §. 1. 2. & 3. & l. sicut, C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 2. C. de constit. pecun. l. 21. tit. 29. part. 3.*

96 ¶ Y fuera bastante, que qualquiera de los tres requisitos referidos huuiesse faltado, para que no pudiesse tener lugar la prescripcion, quia nullo vnquam tempore præscribi potest cum mala fide, *cap. fin. de præscript. & cap. possessor de reg. iur. in 6.* & alia iura iam dicta.

97 ¶ Imò etiam in præscriptione decem, vel viginti annorũ necessariũ erat, quod posidens, titulũ & bonã fidẽ haberet, *l. nullo, C. de rei vindic. l. fin. C. de vsucap. pro hæred.* Petr. Barb. *de præscript. in Rubr. num.* 16. & plurib. sequentib.

98 ¶ Quapropter, no tienen las dichas doña Brigida y doña Ana Mendez titulo, causa, ò razon alguna para defenderse en la possession del dicho cortijo, y se les deue condenar en la restitucion del con los fructos desde el dia de la ocupacion.

99 ¶ Tùm, porque quando el titulo del pos-

seedor

ſeedor es nulo, deue reſtituyr con frutos, *l. filio, §. contra tabulas, ff. de inofficioſ. teſtam, l. ex diuerſo, in fin. ff. de rei vindic. l. cum filius, §. qui matianam, ff. de legat. 2. l. 1. C. de petit. heredit. l. certum, C. de rei vindic. l. iuuemus nulli, §. 1. C. de Sacroſ. Eccleſ. l. 1. C. de fid. inſtrum. & iur. haſt. fiſcal. lib. 10. l. 1. C. de præd. decur. ſiue decret. non alien. lib. 10. l. 1. tit. 14. part.* [illegible] *cap. conquærente, cap. grauis, de reſtit. ſpoliat.* Bart. *in l. ex diuerſo, in fin. ff. de rei vindic.* Abb. *in dict. cap. grauis, nu. 10.* Hieron. Gabr. *conſ. 108. num. 4. volum. 1. & conſ. 151. nu. 6.* Roman. *conſ. 454. à num. 26.* Ioan. Garc. *de expenſ. cap. 23. num. 24. & de nobilit. gloſ. 6. §. 1. num. 47.* Matienç. *in l. 3. tit. 8. lib. 5. Recop. gloſ. 7. nu. 5.* Dom. Valenç. Velazqez *conſ. 196. à num. 20.* Noguer. *allegat. 29. num. 225. in fin.*

100 ¶ Tùm etiam, porque quoties res adiudicata, ſeu vẽdita fuit, pro maiori ſumma quàm verè debebatur, ſunt etiam reſtituendi fructus à die ocupationis, Bald. *in cap. quoniam, §. ſin autem, num. 2. in fin. vt lit. non conteſt.* Iaſ. *in l. ſi non ſortem, ff. de condit. indebit.* Pariſ. *conſ. 110. num. 20. lib. 1.* Afflict. *deciſ. 218. nu. 4.* Surd. *conſ. 45. nu. 8. & 9. & conſ. 115. per tot.* Mareſcot. *deciſ. 21. part. 1.* Menoch. *de recuper. poſſeſ. remed. 15. nu. 598.* Magon. *deciſ. Florent. 109. à num. 5.* Hermoſill. *in l. 52. tit. 5. part. 5. gloſ. 7. num. 22. in med.*

101 ¶ Et ita ſperamus decidẽdum eſſe. Salva in omnibus V. D. C. &c.

L. D. Pedro Guerrero Zambrano.